



UOHSX007UH6G

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R250/2015/VZ-37839/2016/323/EBr

Brno 15. září 2016

V řízení o rozkladu ze dne 10. 8. 2015, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **město Kroměříž**, IČO 00287351, se sídlem Velké náměstí 115/1, 767 01 Kroměříž, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0323/2015/VZ-19587/2015/521/KMz ze dne 24. 7. 2015 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Informační systém v Kroměříži – městě památek UNESCO**“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 31. 1. 2014 zveřejněné na profilu zadavatele téhož dne, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 26. 3. 2014 pod ev. č. 484222 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 28. 3. 2014 pod ev. č. 2014/S 062-104545,

jsem dle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0323/2015/VZ-19587/2015/521/KMz ze dne 24. 7. 2015

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – město Kroměříž, IČO 00287351, se sídlem Velké náměstí 115/1, 767 01 Kroměříž, (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil dne 31. 1. 2014, podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, na svém profilu výzvu k podání nabídek ve veřejné zakázce s názvem „Informační systém v Kroměříži – městě památek UNESCO“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení, přičemž oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 26. 3. 2014 pod ev. č. 484222 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 28. 3. 2014 pod ev. č. 2014/S 062-104545 (dále jen „**veřejná zakázka**“), a zároveň téhož dne odeslal tuto výzvu čtrnácti zájemcům, čímž zahájil dle § 26 odst. 1 písm. b) zákona zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Jako nejvhodnější byla zadavatelem vybrána nabídka uchazeče Pozemní stavitelství Zlín a.s., IČO 46900918, se sídlem Kúty 3967, 762 92 Zlín (dále jen „**vybraný uchazeč**“), se kterým zadavatel uzavřel dne 24. 3. 2014 smlouvu o dílo č. 2014/16/Ze-SML/023/2014 (dále jen „**smlouva o dílo**“).
2. Předmět plnění veřejné zakázky vymezil zadavatel v bodě 1.1. výzvy k podání nabídek následovně: „*Předmětem veřejné zakázky jsou stavební práce. Účelem stavby je vybudování infosystémů a oddechových ploch v Kroměříži. Předmět veřejné zakázky je specifikován zadávací dokumentací zejména její přílohou- projektovou dokumentací pro provádění stavby (...), včetně výkazu výměr (...)*“.
3. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadavatel stanovil v bodě 1.6. výzvy k podání nabídek na 4 222 926 Kč bez DPH.
4. Součástí zadávací dokumentace byl mimo jiné dokument označený jako SO1.3 „Instalace informačních kiosků s dotykovou obrazovkou“, v němž zadavatel uvedl, že: „*informační systém (IS) v Kroměříži navazuje na předchozí projekty, zejména na již realizovanou trasu UNESCO. Součástí IS budou informační panely s dotykovými obrazovkami.*“ Zadavatel tamtéž vymezil požadavky na instalaci informačních kiosků s dotykovou obrazovkou.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona.

5. Zadavatel v reakci na dotaz zájemce směřující k upřesnění záložního zdroje, softwaru, elektroměru a připojení informačních kiosků uveřejnil na svém profilu Soubor dodatečných informací k zadávacím podmínkám číslo 3 ze dne 13. 2. 2013, v jehož příloze krom jiného stanovil požadavek na položku „monitor + touchscreen“ v podobě výrobce Nexio a u položky „PC“ požadoval výrobce a typ počítače Lenovo IdeaCentre Q180. Zároveň zadavatel v bodě 2.3. textové části zadávací dokumentace výslovně umožnil pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.
6. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona, obdržel podnět týkající se postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci o veřejné zakázce. Po jejím přezkoumání získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem spočívající zejména v tom, zda zadavatel vymezením technických podmínek specifikujících informační kiosky v rámci přílohy souboru dodatečných informací k zadávacím podmínkám číslo 3 ze dne 13. 2. 2013 (dále jen „**příloha dodatečných informací**“), postupoval v souladu s § 44 odst. 11 ve spojení s § 45 odst. 3 a § 6 odst. 1 zákona, konkrétně zda neodkázal na specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, a to v případě specifikace položek „monitor + touchscreen“ a „PC“, a zda tedy technické podmínky specifikující informační kiosky nebyly stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, a zda se svým postupem zadavatel nedopustil diskriminace potencionálních uchazečů o veřejnou zakázku, a z tohoto důvodu zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.

II. Napadené rozhodnutí

7. Dne 24. 7. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0323/2015/VZ-19587/2015/521/KMz (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tím, že při zadávání veřejné zakázky na základě výzvy k podání nabídek ze dne 31. 1. 2014, zveřejněné na profilu zadavatele téhož dne, nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 11 ve spojení s § 45 odst. 3 a § 6 odst. 1 zákona, neboť v zadávacích podmínkách, resp. v příloze dodatečných informací v položkách „monitor + touchscreen“ a „PC“ stanovil požadavek na dodávku zboží užitím odkazu na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné (tj. uvedení výrobce Nexio u položky „monitor + touchscreen“ a uvedení konkrétního výrobce a typu počítače Lenovo IdeaCentre Q180 u položky „PC“) ačkoli pro takový postup nebyla naplněna žádná z výjimek stanovených zákonem, čímž současně zadavatel stanovil technické podmínky tak, že určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu, a zároveň tím nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, přičemž tímto postupem mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 24. 3. 2014 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo na plnění veřejné zakázky. Výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli za spáchání výše zmíněného správního deliktu pokutu ve výši 30 000 Kč.
8. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel ve svém vyjádření ze dne 10. 6. 2015 nerozporoval použití specifického označení zboží v příloze dodatečných informací. Zásadní otázkou, kterou se Úřad zabýval, bylo, zda postup zadavatele mohl být

v souladu se zákonem i přesto, že zákon ve svém § 44 odst. 11 při stanovení zadávacích podmínek obecně zakazuje použití požadavků nebo odkazů na specifická označení zboží nebo služeb. Lépe řečeno, Úřad zkoumal, zda zadavatel naplnil některou z uvedených výjimek k prolomení výše zmíněného zákazu:

- a. zda byly odkazy odůvodněny předmětem veřejné zakázky (z povahy věci nešlo umožnit obdobná řešení) nebo
- b. zda by popis předmětu veřejné zakázky nebyl bez přílohy dodatečných informací dostatečně přesný a srozumitelný a zároveň zda zadavatel výslovně umožnil použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení nebo
- c. zda takový odkaz nevedl k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže a zároveň zda zadavatel výslovně umožnil použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

9. Naplnění znaků první výjimky zadavatel zdůvodnil nutností kompatibility již stávajícího řešení informačních kiosků s novým řešením a zároveň požadavkem Národního památkového ústavu (dále jen „NPÚ“). K tomuto Úřad konstatoval, že nutnost kompatibilního řešení předmětu veřejné zakázky s již realizovaným řešením patří nepochybně mezi důvody, které mohou odůvodnit aplikaci výjimky uvedené v § 44 odst. 11 zákona, nelze na tento důvod však odkazovat bez dalšího. Dále Úřad uvedl, že při zadávání veřejných zakázek je rozhodné znění zákona, nikoli požadavků NPÚ, neboť tyto nejsou v rámci zkoumání souladu postupů zadavatele se zákonem relevantní. Úřad ohledně položky „monitor + touchscreen“ konstatoval, že v případě, že by zadavatel obecně definoval požadované rozměry či jiné technické parametry této položky (např. minimální rozlišení, uhlopříčka atd.), mohla být tímto způsobem zajištěna vizuální shoda stávajícího řešení s poptávaným, aniž by byla porušena zákonná ustanovení, a zároveň by zadavatel dostal podmínkám uloženým NPÚ. Stejně tak položku „PC“ zadavatel mohl obecně definovat pomocí jednotlivých parametrů hardwaru (např. uvedením požadavků na velikost operační paměti apod.), které by splňovaly zákonnou podmínku zákazu specifického označení. Tímto by došlo k vizuální kompatibilitě informačních kiosků s těmi stávajícími i bez porušení ustanovení zákona. Ani námitky zadavatele týkající se nutnosti kompatibility informačních kiosků z důvodu jejich servisu a oprav Úřad neshledal důvodnými, neboť by se dle jeho názoru spíše jednalo o možnost zjednodušení si postupů při administraci případných oprav, nikoli však o situaci, kdy by použití odkazu na specifické označení zboží bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Na základě výše uvedeného Úřad neshledal, že by požadavek kompatibility informačních kiosků byl v šetřené veřejné zakázce důvodem použití odkazu na specifické označení zboží v souladu se zákonem.

10. Úřad se dále zabýval odkazem zadavatele na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S320/2008/VZ-716/2009/510/Hod ze dne 26. 1. 2009. K tomu konstatoval, že před možnou aplikací již pravomocných rozhodnutí Úřadu na projednávanou veřejnou zakázku je vždy nutné zohlednit individuální okolnosti každého případu. Odkazované rozhodnutí se týká zajištění kompatibility stávajícího softwaru s poptávaným softwarem, což bývá dle Úřadu zpravidla náročnějším procesem než zajištění kompatibility hardwaru. V nyní projednávaném případě měly být stavěny samostatné informační kiosky, které však nebudou s těmi stávajícími nijak hardwarově ani softwarově propojeny, tudíž ani požadavek na kompatibilitu ve smyslu

nutného propojení a spolupráce ze strany zadavatele nebyl nijak odůvodněn a přezkoumávané rozhodnutí Úřadu není vzhledem k projednávané věci zcela přiléhavé.

11. K naplnění druhé výjimky uvedené v bodě 8. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že zájemce o veřejnou zakázku se zadavatele dotazoval v souvislosti s informačním kioskem na záložní zdroj, specifikaci SW, elektroměr a připojení infokabelů. Z výše uvedeného proto nelze dle Úřadu dovodit závěr, že by zájemce požadoval upřesnění položek „monitor + touchscreen“ a „PC“ a nelze tedy akceptovat zadavatelovu argumentaci, že jiný způsob vymezení technických podmínek v případě výše zmíněných položek by nebyl dostatečně přesný a srozumitelný, lépe řečeno, že pokud by v příloze dodatečných informací zadavatel předmětné položky podrobněji nspecifikoval, nebylo by jejich dosavadní vymezení dostatečně přesné a srozumitelné. Ani z tohoto důvodu tak Úřad neshledal, že by byla naplněna výjimka pro postup podle § 44 odst. 11 zákona.
12. Ohledně třetí výjimky v § 44 odst. 11 zákona, která se týká pouze stavebních prací, Úřad uvedl, že byt se v případě informačních kiosků jedná o poskytnutí dodávek nezbytných k provedení předmětu dané veřejné zakázky, je i na takové dodávky ve smyslu § 9 odst. 2 zákona hleděno jako na stavební práce.
13. Dále se Úřad zabýval účelem, kterého chtěl zákonodárce inkorporací předmětné výjimky do zákona dosáhnout. V rámci toho se opřel o důvodovou zprávu zákona č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**novela**“), ze které dovedl, že úmyslem zákonodárce bylo zohlednit a umožnit situace, kdy zadavatel učiní součástí zadávacích podmínek rovněž např. projektovou dokumentaci (či jiné obdobné podklady) obsahující z pohledu zákona jinak nepřijatelné odkazy na konkrétní výrobky či výrobce dodávaného zboží. V daném případě však Úřad konstatoval, že ze zadávací dokumentace nevyplývá, že by požadavky na položky „monitor + touchscreen“ a „PC“ uvedené v příloze dodatečných informací definoval právě projektant. Zadavatel tedy nebyl dle Úřadu žádnou vnější okolností „nucen“ vymezit požadavky na předmětné položky odkazem na konkrétní výrobky, resp. výrobce. Zároveň Úřad podotkl, že zadavatel svým postupem poskytl dodavatelům disponujícím konkrétně poptávaným plněním konkurenční výhodu oproti těm, kteří byli schopni dodat dané zboží jiného typu, aniž by to mělo vliv na funkčnost nebo vizuální stránku v porovnání s již stávajícími informačními kiosky. V odůvodnění napadeného rozhodnutí neobstál ani argument zadavatele, že se v případě uvedených obchodních názvů jedná o zcela běžně dostupné zboží, neboť Úřad uvedl, že někteří dodavatelé se mohou orientovat na produkty konkurenčních společností, které mohou být rovněž zcela běžně dostupným zbožím.
14. K argumentu zadavatele, že se v případě uvedených obchodních názvů u výše zmíněných položek jedná pouze o marginální část projektu, Úřad uvedl, že je lhostejné, o jak velkou část projektu se jedná, neboť i problémy s dostupností marginální části projektu mohou zapříčinit nemožnost podání nabídky dodavateli jinak schopnými předmět veřejné zakázky řádně a včas plnit.
15. V důsledku výše uvedeného Úřad dospěl k závěru, že postup zadavatele nelze při zadávání šetřené veřejné zakázky označit za souladný se zákonem, neboť technická specifikace nesmí obsahovat excesivní požadavky, které nejsou odůvodnitelné, což v daném případě nastalo, a tedy nebyla naplněna žádná z výjimek stanovených v § 44 odst. 11 zákona. Zároveň Úřad

konstatoval, že tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Nelze totiž vyloučit, že by zadavatel při zákonném vymezení technických podmínek dostal rovněž nabídky od jiných uchazečů, přičemž někteří z těchto potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku mohli nabídnout pro zadavatel výhodnější plnění.

III. Námitky rozkladu

16. Dne 10. 8. 2015 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 27. 7. 2015. Zadavatel podal rozklad v zákonné lhůtě.
17. Zadavatel je přesvědčen, při stanovení technických a zadávacích podmínek nejednal v rozporu se zákonem, že tyto podmínky nezaručovaly určitým dodavatelům konkurenční výhodu ani nevytvářely neodůvodněné překážky pro omezení hospodářské soutěže. Zároveň je zadavatel přesvědčen, že se svým postupem nemohl dopustit diskriminace potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku a že zadávací řízení nebylo stíženo žádnou vadou. Tento závěr dovozuje z níže rozepsaných důvodů.
18. Zadavatel předně v rozkladu rozporuje závěry Úřadu uvedené v bodě 32. odůvodnění napadeného rozhodnutí spočívající v nemožnosti aplikace výjimky uvedené v § 44 odst. 11 zákona týkající se vymezení technických podmínek, které jsou odůvodněny předmětem veřejné zakázky. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že požadavky NPÚ směřují, vzhledem k poslání NPÚ, spíše na vizuální podobu informačních kiosků a nikoliv na stroj (resp. položku „PC“) umístěný uvnitř objektu, neboť jak již vyplývá z významu slova „spíše“, nelze dle zadavatele jednoznačně říci, že požadavky NPÚ nesměřovaly i na položku „PC“.
19. Dále zadavatel v rozkladu napadá bod 34. odůvodnění napadeného rozhodnutí, s tím, že nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že zajištění kompatibility softwaru bývá náročnějším procesem, než zajištění kompatibility hardwaru. K tomuto dále uvádí, že souhlasí s tvrzením Úřadu, že je nutné vždy zohlednit individuální okolnosti zkoumaného případu a v důsledku takového zohlednění má za to, že je nanejvýš potřebné dodržet kompatibilitu se stávajícím technickým řešením zejména z důvodů jako je servis informačních kiosků, jejich opravy, případně pořízování náhradních dílů apod. Dále k této námitce zadavatel odkazuje na své vyjádření ze dne 10. 6. 2015. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel považuje technické podmínky stanovené v příloze dodatečných informací za naplňující výjimku odůvodnění předmětem veřejné zakázky stanovenou v § 44 odst. 11 zákona.
20. V rámci další námitky uvedené v rozkladu zadavatel rozporuje tvrzení Úřadu v bodě 35. odůvodnění napadeného rozhodnutí týkající se nenaplnění druhé z výše jmenovaných výjimek pro postup v souladu s § 44 odst. 11 zákona (viz bod 8. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel k tomuto uvádí, že co se týká přílohy dodatečných informací, nejednalo se z jeho strany pouze o odpověď na dotazy zájemce, nýbrž také využil svého oprávnění daného mu § 49 odst. 4 zákona a inkorporoval do této přílohy upřesnění technických podmínek i bez předchozích dotazů ze strany zájemců, protože měl za to, že způsob vymezení těchto podmínek u položek „monitor + touchscreen“ a „PC“ nebyl dostatečně srozumitelný a přesný, v důsledku čehož výše zmíněné upřesnění považoval za účelné.

21. Dále se zadavatel vyjadřuje k naplnění třetí výjimky uvedené v bodě 8. odůvodnění tohoto rozhodnutí, když uvádí, že technické podmínky stanovené v příloze dodatečných informací nemohly vést k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže. Tento závěr dovozuje ze skutečnosti, že mezi uchazeči o předmětnou veřejnou zakázku na stavební práce byly pouze stavební firmy, u nichž není předpoklad, že by běžně ve svých skladových zásobách měly položky „monitor + touchscreen“ a „PC“. Zadavatel podotýká, že předmětné položky jsou zcela běžně dostupné na trhu a navíc uvádí, že v zadávacích podmínkách výslovně umožnil použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel zároveň odmítá, že by specifickým označením zboží, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné mohl poskytnout kterémukoliv dodavateli, který se o veřejnou zakázku ucházel, konkurenční výhodu.
22. Poslední námitka zadavatele směřuje proti bodu 39. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v němž Úřad učinil závěr, že zadavatel nebyl žádnou vnější okolností nucen vymezit technické podmínky položek „monitor + touchscreen“ a „PC“ odkazem na konkrétní výrobky, resp. výrobce. Zadavatel se s tímto závěrem neztotožňuje a uvádí, že zpracování technické části dodatečných informací provedl zpracovatel projektové dokumentace a zadavatel od něj technický popis položek převzal a zařadil jej do odpovědí na dotazy v rámci dodatečných informací, lépe řečeno, technické podmínky předmětných položek definoval právě projektant.

Závěr rozkladu

23. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

24. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

25. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
26. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 11 ve spojení s § 45 odst. 3 a § 6 odst. 1 zákona, neboť v zadávacích podmínkách, resp. v příloze dodatečných informací u položek „monitor + touchscreen“ a „PC“ stanovil požadavky na dodávku zboží užitím odkazu na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné (tj. uvedení výrobce Nexio u položky „monitor + touchscreen“ a uvedení konkrétního výrobce a typu počítače Lenovo IdeaCentre Q180

u položky „PC“), ačkoli pro takový postup nebyla naplněna žádná z výjimek stanovených zákonem, čímž současně zadavatel stanovil technické podmínky tak, že určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu, a zároveň tím nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, přičemž tímto postupem mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 24. 3. 2014 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Dále Úřad postupoval správně, když ve výroku II. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli za spáchání uvedeného správního deliktu pokutu ve výši 30 000 Kč.

27. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

28. Na úvod je potřeba zmínit, že výroková část napadeného rozhodnutí obsahuje dva výroky. Zadavatel v rozkladu výslovně neuvádí, které z těchto výroků napadá. V § 152 odst. 4 správního řádu je stanoveno, že nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání. Z tohoto důvodu je možné postupovat dle § 82 odst. 2 věta druhá správního řádu, který stanoví, že není-li v odvolání uvedeno, v jakém rozsahu odvolatel rozhodnutí napadá, platí, že se domáhá zrušení celého rozhodnutí. Na základě výše zmíněného tedy konstatuji, že zadavatel rozkladem napadl celé napadené rozhodnutí, tedy celou výrokovou část v podobě výroků I. i II. a tato skutečnost nebrání pokračování řízení o rozkladu.
29. Zadavatel v rozkladu v zásadě opakuje své postoje obsažené ve stanovisku zadavatele ze dne 10. 6. 2015 ke správnímu řízení, přičemž nesouhlasí s některými závěry, ke kterým Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl a považuje je za nesprávné. K tomu lze konstatovat, že napadené rozhodnutí se dostatečně vypořádalo se všemi námitkami zadavatele uvedenými ve výše zmíněném stanovisku, a to způsobem, ze kterého je plně srozumitelné a seznatelné, jakými skutečnostmi a úvahami se správní orgán prvního stupně při svém rozhodování řídil. Jak vyplývá z podaného rozkladu, zadavatel trvá na tom, že dodržel postup stanovený zákonem, a že zadávací řízení tedy nebylo stíženo žádnou vadou.
30. K námitce zadavatele uvedené v rozkladu, že požadavky NPÚ nesměřovaly jen na vizuální podobu informačních kiosků, ale také na položku „PC“ uvádím, že s touto námitkou se již Úřad náležitě vypořádal v bodě 32 odůvodnění napadeného rozhodnutí a s jeho závěry se plně ztotožňuji. Nad rámec pak dodávám, že mezi jednu z hlavních činností NPÚ patří odborné a metodické činnosti usměrňující péči o památky ve vlastnictví a správě jiných subjektů, o památkově chráněná území a také péče o soubor zpřístupněných kulturních památek. Vzhledem k výše zmíněnému mám za to, že se NPÚ v rámci projednávané veřejné zakázky především zaměřoval na to, aby vzhled informačních kiosků nenarušil příliš památkově chráněné území a zároveň, aby nové informační kiosky byly vzhledově kompatibilní s těmi stávajícími, které již v Kroměříži jsou. Z povahy činnosti NPÚ tak nelze žádným způsobem dovodit, proč by jeho požadavky měly směřovat také na položku „PC“, která je umístěna uvnitř objektu a jeho vizuální podobu nikterak neovlivňuje. Zároveň považuji za důležité podotknout, že tuto problematiku řešil Úřad v napadeném rozhodnutí pouze jako doplňkovou, neboť předně v bodě 32. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že požadavky NPÚ nejsou z pohledu Úřadu relevantní, neboť tento zkoumá pouze soulad

postupů zadavatele se zákonem, také s tímto závěrem Úřadu se plně ztotožňuji a námitku zadavatele tedy s ohledem na výše uvedené neshledávám důvodnou.

31. K další námitce zadavatele uvedené v rozkladu týkající se odůvodněného použití odkazů na specifické označení zboží z důvodu potřeby dodržení kompatibility se stávajícím technickým řešením informačních kiosků, zejména z důvodu jejich oprav, servisu či pořízování náhradních dílů, považuji za nutné opětovně zmínit, že i tato námitka, jak mimochodem sám zadavatel v rozkladu uvádí, byla obsažena ve vyjádření zadavatele ze dne 10. 6. 2015 a Úřad se s ní v napadeném rozhodnutí dostatečně a správně vypořádal. Nad rámec odůvodnění Úřadu v napadeném rozhodnutí uvádím, že lze souhlasit se zadavatelem, že zajištění kompatibility stávajícího softwaru a poptávaného softwaru nemusí být vždy jednoznačně náročnějším procesem než zajištění kompatibility hardwaru. K tomu je ale nutné dodat, že Úřad se o této problematice v odůvodnění napadeného rozhodnutí zmiňoval pouze v rámci vypořádání se s odkazem zadavatele na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S320/2008/VZ-716/2009/510/HOD ze dne 26. 1. 2009 ve vztahu k projednávané veřejné zakázce. Při srovnání zadávání projednávané veřejné zakázky a veřejné zakázky z výše zmíněného odkazu se přikláním k názoru Úřadu, že zajištění kompatibility dvou softwarů bylo složitějším a jednoznačně potřebnějším procesem než zajištění kompatibility informačních kiosků v projednávané veřejné zakázce z důvodu jejich oprav, servisu či pořízování náhradních dílů, neboť takový požadavek mohl vést pouze ke zjednodušení procesu při případných opravách informačních kiosků, nebyl však vzhledem k předmětu veřejné zakázky natolik nezbytný, aby odůvodnil použití odkazů na specifické označení zboží předmětem veřejné zakázky.
32. K výše uvedenému lze dále odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2010, čj. 9 Afs 30/2010-182, který se zabýval krom jiného právě problematikou nezbytné kompatibility dodávek nových požárních automobilů s těmi stávajícími. Byť se tento rozsudek týkal naprosto odlišného předmětu veřejné zakázky, mám za to, že závěry Nejvyššího správního soudu lze aplikovat také na projednávanou veřejnou zakázku. Nejvyšší správní soud konstatoval následující: *„Jednalo se o dodávku nových vozů, nikoli nějakých konkrétních náhradních dílů, u nichž by bylo možné vyžadovat kompatibilitu se stávajícím vybavením, a za této situace, pokud zadavatel skutečně chtěl zohlednit již stávající vozové vybavení u hasičských záchranných sborů jednotlivých krajů, mohl tak učinit, aniž by k tomu potřeboval odkázat na konkrétní výrobky; to by bylo možné akceptovat třeba v případě, kdy zadavatel již disponuje určitým např. softwarovým vybavením, na které chce navázat a je pochopitelné, že stávající vybavení chce využít v plné míře tak, aby nebyla ohrožena jeho plná funkčnost.“* Z výše uvedeného lze tedy opakovaně vyvodit závěr, že při dodávce nových informačních kiosků nebylo nezbytné vyžadovat kompatibilitu se stávajícími informačními kiosky, z důvodu jejich oprav, servisu či pořízování náhradních dílů, což také dokládá mimo jiné fakt, že pokud nový informační kiosk bude mít odlišný monitor, touchscreen a zabudovaný počítač, nedojde k ohrožení funkčnosti stávajících kiosků. Na základě výše uvedeného ani tuto námitku zadavatele neshledávám důvodnou.
33. Dále se zadavatel v rozkladu vyjadřuje k naplnění druhé z výjimek uvedených v bodě 8 tohoto rozhodnutí, neboť tvrdí, že příloha dodatečných informací, kterou uveřejnil na svém profilu, byla pouze výsledkem jeho oprávnění daného mu § 49 odst. 4 zákona, neboť se domníval, že je potřeba upřesnit vymezení technických podmínek u některých položek

informačního kiosku, aby byly dostatečně srozumitelné a přesné. Na úvod je zde potřeba souhlasit se zadavatelem v tom, že mu zákon v § 49 odst. 4 umožňuje poskytnout dodavatelům dodatečné informace k zadávacím podmínkám i bez předchozí žádosti. Informace obsažené v příloze dodatečných informací se tedy sice nevztahovaly k dotazům žadatele, nýbrž pouze rozšiřovaly specifikaci jednotlivých položek informačního kiosku tak, jak to zákon zadavateli umožňuje. K tomu je však nutné dále dodat, že informace obsažené v příloze dodatečných informací obsahovaly, konkrétně u položek „monitor + touchscreen“ a „PC“, odkazy na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné.

34. K problematice odkazů na specifické označení zboží se již vyjadřoval Úřad ve svém usnesení o zastavení řízení č. j. ÚOHS-S268/2013/VZ-11238/2013/522/ZPr ze dne 24. 6. 2013, v rámci kterého připustil odkazy na specifické označení zboží a konstatoval následující: *„Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel použil ve výkazu výměr v zadávací dokumentaci na předmětnou veřejnou zakázku specifické označení zboží. Vzhledem k tomu, že zadavatel v průběhu správního řízení doložil konkrétní důvody (např. statické důvody, s ohledem na požadované parametry skladby střešní konstrukce, výsledek radonového průzkumu), pro které nebylo možné popsat předmět veřejné zakázky bez použití konkrétních odkazů, Úřad konstatuje, že v šetřeném případě se jednalo o situaci, kdy zadavatel použil specifické označení zboží z důvodu vymezení přesného požadavku na technické a materiální vlastnosti materiálu, které by nešlo jednoznačně popsat obecnými technickými parametry a to v souladu s § 45 a § 46 zákona tak, aby jejich popis byl dostatečně přesný a srozumitelný. Použití uvedeného specifického označení zboží zadavatel v průběhu správního řízení dostatečně zdůvodnil, přičemž v zadávacím řízení připustil jejich nahrazení adekvátním zbožím s obdobnými technicky a kvalitativně srovnatelnými parametry.“*
35. Vzhledem k výše uvedenému nemohu s předmětnou rozkladovou námitkou zadavatele souhlasit, neboť jsem v rámci projednávání veřejné zakázky, ve srovnání s výše zmíněným usnesením Úřadu, neshledal žádné důvody, pro které nebylo možné popsat předmět veřejné zakázky bez použití specifického označení zboží, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné. Mám tedy za to, že by jak položku „monitor + touchscreen“ tak položku „PC“ bylo možné popsat formou požadavků na výkon, kvalitu, rozměry, vybavení, rychlost či jinými číselně formulovanými parametry, čímž by se zadavatel vyhnul uvedení odkazu na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, a tedy nejednal v rozporu se zákonnou úpravou. Zároveň se přikláním ke komentářové literatuře, která říká, že: *„Odkazy na konkrétní výrobky a postupy přicházejí na řadu až jakmile prvně zmíněný postup (stanovení technické specifikace formou požadavků na číselně formulované parametry pozn. Úřadu) není objektivně možný, což v oblasti výpočetní techniky bývá spíše výjimečně.“* (viz JURČÍK, R. Zákon o veřejných zakázkách: komentář. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 453.)
36. Zadavatel v rozkladu dále namítá, že došlo k naplnění také třetí výjimky uvedené v bodě 8 odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť se v projednávání veřejné zakázce jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce a odkaz na konkrétního výrobce, resp. výrobek nevedl k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže. K této námitce opětovně považuji za nutné podotknout, že byla již v téměř totožné podobě uvedena ve vyjádření zadavatele ze dne 10. 6. 2015 a Úřad se s ní tedy již v bodech 36. až 41. odůvodnění napadeného

rozhodnutí náležitě a správně vypořádal. Snad jen nad rámec tohoto vypořádání uvádím k zadavatelovu tvrzení, že technické podmínky položek „monitor + touchscreen“ a „PC“ definoval zpracovatel projektové dokumentace, resp. projektant, následující. Z důvodové zprávy k novele vyplývá, že pokud by zadavatel v zadávacích podmínkách použil projektovou dokumentaci vypracovanou projektantem, bylo by ji možno aplikovat včetně specifického označení zboží. Zde je však nutné zohlednit také skutečnost, že toto označení je možné připustit, pouze pokud nepovede k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže. Z toho vyplývá, že musí vždy existovat důvod, proč bylo použítí takového odkazu ze strany projektanta v zadávacích podmínkách nezbytné. V projednávaném případě jsem však k žádnému relevantnímu důvodu nedospěl, neboť mám za to, že vzhledem k předmětu veřejné zakázky plně postačovalo předmětné položky definovat obecně podle požadovaných parametrů, jak již bylo zmíněno výše.

37. Vzhledem k výše uvedenému lze konstatovat, že zadavatel nenaplnil žádnou z výjimek uvedených v bodě 8 odůvodnění napadeného rozhodnutí a tedy nepostupoval v souladu se zákonem. Zároveň konstatuji, že úvahy Úřadu ohledně postupu zadavatele jsou přehledné, komplexní a správně odůvodněné a že se Úřad v napadeném rozhodnutí vyjádřil ke všem zadavatelem tvrzeným skutečnostem vztahujícím se k naplnění výjimek pro postup v souladu s § 44 odst. 11 a zároveň s § 45 odst. 3 a zároveň s § 6 odst. 1 zákona. Považuji rovněž za správný závěr Úřadu, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, že jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, čímž se dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Ač se zadavatel v rozkladu nijak nevyjadřoval k sankci uložené za spáchání správního deliktu, vzhledem ke kontrole zákonnosti napadeného rozhodnutí z úřední povinnosti se ke zjištění ohledně pokuty vyjadřuji dále.
38. Pro určení samotné výše pokuty je předně klíčové stanovení její maximální možné hranice. Úřad v tomto ohledu jako horní hranici sankce určil v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) zákona částku odpovídající 10 % z ceny veřejné zakázky, což činilo 406 387 Kč. V napadeném rozhodnutí Úřad uložil pokutu ve výši 30 000 Kč. Je zřejmé, že pokuta byla uložena při samé spodní hranici její maximální možné výše.
39. Zákon při posuzování výše pokuty za správní delikt výslovně v § 121 odst. 2 vyžaduje, aby bylo přihlédnuto k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání, jeho následkům, a okolnostem, za nichž byl spáchán.
40. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že v daném případě došlo ze strany zadavatele k nezákonnému postupu již při vymezení zadávacích podmínek. Nezákonné vymezení zadávacích podmínek je deliktem závažným, neboť zadávací řízení ovlivňuje již od samého počátku. V daném případě Úřad dále uvedl, že nastavení zadávacích podmínek vedlo bezdůvodně k zásadnímu omezení hospodářské soutěže, když došlo ke zvýhodnění určitých, zadavatelem přímo označených výrobků, aniž by k tomu byl dán dle zákona důvod. Jako polehčující okolnost Úřad shledal to, že zadavatel porušil zákon pouze v dílčí části předmětné veřejné zakázky a zároveň, že zadavatel v bodě 2.3. textové části zadávací dokumentace umožnil, v případě existence specifického označení zboží nebo služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, čímž zmírnil negativní dopady nezákonně vymezených požadavků na položky „monitor + touchscreen“ a „PC“. Na závěr Úřad zhodnotil, že stanovenou výši pokuty

nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační. K tomu dále dodávám, že Úřad posoudil likvidačnost pokuty s ohledem na poslední zveřejněný rozpočet zadavatele za rok 2015 dostupný na oficiálních webových stránkách zadavatele. Vzhledem k výše uvedenému tak konstatuji, že se Úřad zabýval všemi zákonem stanovenými hledisky pro určení výše uložené sankce a mám za to, že výše uložené pokuty v napadeném rozhodnutí odpovídá odůvodnění uvedenému v napadeném rozhodnutí.

VI. Závěr

41. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
42. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené usnesení změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

město Kroměříž, Velké náměstí 115/1, 767 01 Kroměříž

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy